

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Marco Andrei Torres Maldonado

January, 2019

¿Cómo valorar y cuantificar el daño material (daño emergente y lucro cesante)?

Marco Andrei Torres Maldonado, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



Available at: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/64/>



¿CÓMO VALORAR Y CUANTIFICAR EL DAÑO MATERIAL (DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE)?*

Marco Andrei TORRES MALDONADO**

RESUMEN

En esta oportunidad, el autor estudia un tema sumamente interesante dentro del estudio de la responsabilidad civil: la cuantificación de los denominados “daños materiales” (“daño emergente” y “lucro cesante”). En ese sentido, primero aborda la definición del término “daño”, seguidamente señala las principales características que debe presentar para que logre ser considerado “resarcible”. Luego de ello, repasa las técnicas que tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y extranjera, han elaborado para lograr determinar el monto adecuado del daño emergente y del lucro cesante padecido por la víctima del siniestro.

▶ PALABRAS CLAVE

Daño material / Daño emergente / Lucro cesante / Prueba del daño / Cuantificación

Recibido: 07/01/2019

Aprobado: 14/01/2019

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En materia civil, el daño constituye la base de un sistema de responsabilidad. Es, en tal sentido, condición y objeto de la responsabilidad civil (Barros Bourie, 2006, p. 215). El daño es inherente a la obligación de resarcir o, si se prefiere, a la responsabilidad civil. Al extremo que, como se suele afirmar, no hay responsabilidad civil sin daño (Zannoni, 2005, p. 2).

* “En la comisaria me presenté, no como abogado sino como médico, pues quise ser –dijo sonriente– parte de la solución y no del problema”. Mauricio Botero Montoya. *Otto, el vendedor de música* (2001).

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidato a Magister en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso de especialización en Contratos y Daños en la Universidad de Salamanca. Estancia de investigación en la Universidad Autónoma de Madrid y Pontificia Universidad Javeriana. Jefe de Prácticas de Derecho Civil en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado al Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

**Comentario relevante
del autor**



El daño, en nuestra opinión, por sí mismo, se refiere a todo menoscabo que sufre un sujeto de derecho o su patrimonio; por el cual quien lo causó se haya en la obligación de resarcir.

Con frecuencia, cuando se alude a la valoración y cuantificación del daño se dirige el debate al daño moral, el cual, como es sabido, resulta confuso debido a la inexistencia de criterios objetivos; sin embargo, como consecuencia de ello, se asume de manera acrítica que la determinación de la entidad (valoración) y *quantum* (cuantificación) de los perjuicios materiales resulta sencilla.

Como indica Visintini (1999, p. 200), evaluar el daño derivado del incumplimiento o del hecho ilícito significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: *an debatur*), y, en segundo lugar, convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación, que implica la cuantificación del daño: *quantum debeatur*).

Lastimosamente, el ejercicio profesional nos demuestra que, en los procesos de responsabilidad civil –por ejemplo, derivados de daños por mala praxis médica, accidentes de tránsito, enfermedades y accidentes laborales, entre otros– ni la valoración ni cuantificación del daño material (daño emergente y lucro cesante) son aspectos del juicio de

resarcibilidad sobre los cuales exista claridad en su aplicación.

Estando a ello, en el presente artículo analizaremos, desde la óptica sustantiva y procesal, en principio, cuáles son los rasgos definitorios del denominado daño resarcible; esto es, “del daño que es relevante de cara a la responsabilidad” (Rojas Quiñones, 2015, p. 44); y, una vez ello, a la luz del formante doctrinal, legal y jurisprudencial (nacional y comparado), nos centraremos en el estudio de la valoración y cuantificación del denominado daño material, que comprende el daño emergente y el lucro cesante.

I. ¿QUÉ ES EL DAÑO Y QUÉ REQUISITOS DEBE TENER PARA QUE SEA RESARCIBLE?

Daño alude al detrimento, menoscabo, lesión, perjuicio y –en general– a todo aquello que invade la esfera del sujeto de derecho, ya sea en sus bienes vitales naturales o en su patrimonio. Según De Cupis (1975), daño es el “nocimiento o perjuicio; es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable” (p. 81). Es el menoscabo que una determinada persona sufre en sus bienes vitales o en su patrimonio (Larenz, 1958, p. 215).

Daño es sinónimo de perjuicio. Actualmente, resulta una redundancia la expresión “daños y perjuicios”, pues ambos aluden a un mismo fenómeno patológico que afecta a la persona o su patrimonio. La expresión “daños y perjuicios”, por lo tanto, resulta un pleonismo “con el propósito de conseguir una lectura más ágil de los diversos preceptos del Código evitando la monotonía que generaría una excesiva reiteración de un mismo término para aludir a la misma realidad”¹.

1 Con relación a los términos “daños” y “perjuicios” se advierte que el legislador utiliza ambos términos, en ocasiones, de forma conjunta y, otras veces, alternativamente. La expresión “daños y perjuicios” resulta un pleonismo, con la única finalidad de embellecer la exposición. La explicación al uso de vocablos y locuciones

El daño, en nuestra opinión, por sí mismo, se refiere a todo menoscabo, que sufre un sujeto de derecho o su patrimonio; por el cual quien lo causó se haya en la obligación de resarcir. El concepto más adecuado de daño, por ser lo suficientemente genérico y distinguir con propiedad entre la actividad que causa el daño y el daño en sí mismo, es el que lo enfoca como las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un interés jurídico tutelado.

El daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad) o si actúa para erradicarlo (mediante alternativas satisfactorias) (León Hilario, 2007, p. 152).

El ordenamiento jurídico no tiene por función señalar qué situaciones deben ser consideradas como daños, sino la de establecer las bases de su reparación, a partir de la evaluación del supuesto de hecho del que se deriva. Según una atenta doctrina nacional, el daño se distingue del evento que lo genera (León Hilario, 2007, p. 151). El daño es una “cualidad” de las situaciones que subsiguen al evento; no se identifica, entonces, con su antecedente fáctico: lo califica, más bien, en términos económicos (León Hilario, 2007, p. 151).

En el ordenamiento jurídico peruano, naturalmente, no cualquier perjuicio es relevante para la responsabilidad civil. El daño resarcible, para que ostente dicho atributo, debe reunir una serie de requisitos, tales como su carácter cierto, personal, subsistente y antijurídico (injusto).

Con relación al primer requisito, la certeza del daño implica que las simples expectativas no son resarcibles, de manera que los perjuicios meramente hipotéticos o eventuales no darán lugar a reparación alguna. La certeza del daño se encuentra referida a la realidad de su existencia. Este requisito impone, a quien solicita el resarcimiento, la carga de probar la existencia del perjuicio.

En posición que compartimos, se sostiene que:

(...) la certeza es un estado de la mente en que se tiene algo como verdadero o real; es la condición necesaria para toda sentencia judicial por medio del acervo probatorio (indicios, testimonio, presunciones, confesiones, pericias, etc.). El juez ha de llegar a la convicción de que el daño existió o existirá. (Velásquez Posada, 2013, pp. 269-270)

En los procesos de responsabilidad civil, la certidumbre del daño exige que la acción dañosa haya generado o generará un perjuicio en la esfera moral o material del perjudicado.

Cabe precisar que la certeza de la existencia del daño no hace necesario que dicho daño sea actual, pues –como lo advertiremos más adelante– puede haberse configurado con anterioridad o simplemente construirse con toda certeza en el futuro (Tamayo Jaramillo, 1986, p. 5). Como indica De Cupis (1975), “conviene precisar que aunque sea aproximado, o con una certeza relativa, no deberá dejar de ser una auténtica certeza, que no puede confundirse con mera posibilidad futura” (p. 323)².

distintas aludiendo a un mismo significado se halla en una razón puramente lingüística, apartada de toda justificación jurídica, que se concreta con el propósito de conseguir una lectura más ágil de los diversos preceptos del Código evitando la monotonía que generaría una excesiva reiteración de un mismo término para aludir a la misma realidad (Naveira Zarra, 2006, pp. 72-73).

2 Así, existen daños ciertos porque, aunque sean pasados, presentes o futuros, no existe duda sobre su existencia. En cuanto a los daños “inciertos”, no importa que sean pasados, presentes o futuros, no son resarcibles.

La jurisprudencia comparada “califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual”³. Según De Trazegnies Granda (1988), no cabe duda de que el daño futuro no es todavía un daño efectivo en el momento en que se pronuncia la sentencia [o laudo], pero el juez [o árbitro] puede tomarlo en cuenta si existe la **posibilidad efectiva** de que se produzca (p. 19).

La certeza del daño futuro, entonces, aun cuando no se identifique con su certidumbre absoluta, exige que se encuentre sustentado en una fundada probabilidad, de modo tal que queden descartados los perjuicios hipotéticos, que se basan en meras conjeturas o suposiciones.

En cuanto a su carácter personal, se ha entendido que, en principio, la persona que exige el resarcimiento debe ser la misma que resultó perjudicada, aun cuando el objeto de la lesión no hubiera sido ni su persona ni su patrimonio. Se trata, en consecuencia, de un requisito del daño resarcible “íntimamente ligado con la legitimación para reclamar la reparación, pues solo al titular del interés jurídico afectado, o a sus herederos, otorga el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa” (Rojas Quiñones, 2015, p. 46)⁴.

Conforme a ello, en estricto, el carácter personal no es una característica ontológica del daño resarcible, sino un problema de legitimación en la causa, relativa a identificar “quiénes pueden solicitar la reparación”

(Velásquez Posada, 2013, p. 275). Naturalmente, en el plano procesal, podrán pretender un resarcimiento la víctima o sus familiares⁵, pues respecto de aquellos existe un interés que se ha visto afectado, ya sea directa o indirectamente.

El interés afectado debe ser propio, referido a la persona perjudicada; es decir, que no es posible reclamar el derecho a un resarcimiento cuando el daño es causado a persona distinta, a no ser que se trate de ejercer un derecho de representación. En el supuesto de muerte de una persona, los familiares son perjudicados indirectamente, por lo que se encuentran legitimados a reclamar en tanto existe una lesión a su propio interés.

Por otro lado, la subsistencia del daño significa que al momento en el cual se pretende exigir un resarcimiento por el mismo, aquel no haya sido reparado en ninguna forma. Pero ¿qué ocurre cuando la víctima asume el costo del perjuicio sufrido? En dicho escenario, el perjuicio subsiste por el valor de la reparación, el mismo que deberá ser resarcido por el responsable.

Así:

[N]adie puede reclamar la reparación de un perjuicio que ya ha sido resarcido. Si el propio responsable es quien ha resarcido el daño, su obligación queda extinguida por pago, o por alguno de los otros modos de extinción previstos en el ordenamiento. Si, por el contrario, el

Existe incertidumbre cuando las consecuencias del hecho dañoso no se manifiestan realmente o no son lógicas, necesarias, sino simplemente posibles, contingentes o hipotéticas (Martínez Rave, 1993, p. 31).

3 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 31 de marzo de 1998.

4 Ello implica que, únicamente, la persona que sufrió el menoscabo puede requerir su resarcimiento, resultando inadmisibles reclamar la reparación de daños ocasionados a terceros. Solo aquel cuyo interés haya sido afectado a raíz de la lesión de un interés propio puede reclamar su reparación (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 654).

5 **Artículo VI del Código Civil.**- Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral.

El interés moral autoriza la acción solo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley”.

menoscabo es solventado por la víctima, entonces el perjuicio subsiste en su patrimonio y debe ser reparado. (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 653)

Más allá de ello, como sostenían los Mazeaud y Tunc (1961), el principio de subsistencia del daño es “una perogrullada” (p. 269); sin descartar algunos escenarios en los que la subsistencia del daño se relativiza –y se genera un supuesto de subrogación–, pues el perjuicio puede haber sido cubierto a través de una póliza de seguro privado, la seguridad social o un tercero. Sin embargo, el perjuicio subsiste, aunque sustentado en otra fuente, pudiendo cualquiera de ellos “exigir un pago al causante” (Martínez Rave, 1993, p. 36).

Finalmente, tenemos el requisito de la ilicitud o antijuridicidad del daño. Con frecuencia, en nuestro medio, con ocasión del juicio de resarcibilidad, el análisis de la antijuridicidad se ha realizado con relación a la conducta humana (acción u omisión). En realidad, “la antijuridicidad o ilegalidad es la esencia del concepto jurídico del daño resarcible” (Velásquez Posada, 2013, p. 277), mas no de la conducta, toda vez que pueden existir actos lícitos que generen la obligación de resarcir.

Nadie duda que, en principio, para que pueda existir responsabilidad civil es necesario contar, como primer elemento, con la existencia de una actividad humana. Por lo general este hecho suele pasar por desapercibido, quizá por lo obvio, y la doctrina suele iniciar el estudio de la responsabilidad con el análisis de otros elementos. Sin embargo, “estos son ‘añadidos’ que se hacen al primero, que

Comentario relevante del autor



La antijuridicidad es la clave de bóveda para determinar supuestos que generen responsabilidad extracontractual. Pero la antijuridicidad debe predicarse del daño mismo, no de la conducta que lo origina.

es la actividad del hombre generadora del daño” (De Miguel Perales, 1997, p. 78).

No obstante, puede surgir la obligación de reparar el daño causado, aunque se desarrolle una actividad lícita, amparada inicialmente por el Derecho. Esto significa que, como manifestaba Díez-Picazo (1999), el análisis de la antijuridicidad debe efectuarse a partir de una apreciación del desvalor del resultado (p. 298). La antijuridicidad es, pues, del daño y no de la conducta.

La antijuridicidad es la clave de bóveda para determinar supuestos que generen responsabilidad extracontractual. Pero la antijuridicidad debe predicarse del daño mismo, no de la conducta que lo origina (Llamas Pombo, 1999, p. 87). El análisis de la antijuridicidad no se refiere a la actividad en sí misma, sino al resultado lesivo que ella genera. Por lo demás, se exige que el daño resarcible sea antijurídico, pues pueden existir daños justamente sufridos, tal como son los supuestos establecidos en el artículo 1971 del Código Civil⁶.

6 “Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.

Como sostiene Jansen (2003), “el requisito de que el daño sea antijurídico solo se puede entender en el sentido de un concepto de antijuricidad dirigido al resultado puro: *iniuria* no indica aquí un comportamiento antijurídico sino la lesión de un derecho subjetivo absoluto” (p. 16)⁷. El daño, según lo establece el artículo 2:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, requiere “un perjuicio material o moral a un interés jurídicamente protegido”.

Una vez verificada la existencia de un daño resarcible, sus consecuencias pueden recaer sobre la esfera moral o material de la víctima, siendo que –con ocasión del presente ensayo– nos limitaremos al análisis de lo relativo al daño material.

II. ¿CUÁNDO NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UN DAÑO MATERIAL?

Respecto a los diversos modos de clasificar los daños, por las consecuencias que estos producen, tenemos el daño moral y el daño material.

Aunque algunos prefieren referirse a daño “patrimonial” y “no patrimonial”, lo cierto es que, como señala León Hilario (2007, p. 23), dichas voces no se encuentran reconocidas en nuestro Código Civil. Se desconoce, igualmente, que en los ordenamientos jurídicos alemán e italiano, que sí acogen de forma explícita tal distinción, existen particularidades que no compatibilizan con el régimen vigente en el Perú, en el cual solo cabe diferencia entre el daño moral y el daño material.

Estando a ello, somos de la opinión de que, en sentido estricto, la terminología pertinente

en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de intentar delimitar la tipología de los daños, radica en referirnos al daño moral y daño material.

No es nuestro propósito, en esta oportunidad, analizar los alcances del daño moral, sino más bien el daño material. Si el daño recae sobre un bien jurídico material destruyendo o deteriorando una cosa que es objeto de un derecho patrimonial y, al mismo tiempo, afecta un interés legítimo de carácter económico porque altera la integridad del patrimonio disminuyéndolo, estamos en presencia de un daño material (Bustamante Alsina, 1997, p. 239).

Para nosotros, el daño material está dado por las consecuencias o repercusiones del perjuicio en la esfera económica del reclamante. La medida de esas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o el valor del derecho a ser resarcido por concepto de daño material. El daño material, por lo tanto, afecta el patrimonio de un sujeto de derecho, “con independencia del interés sobre el cual recaiga la afectación, en el daño patrimonial la característica estructural es la posibilidad de cuantificar de manera relativamente precisa el valor de la pérdida” (Martínez Rave y Martínez Tamayo, 2003, p. 263).

Según Corsaro (1997), la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado no determina de suyo la naturaleza del daño, “porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial (p. 655). De ese

7 Desde un punto de vista lógico, el requisito de la antijuricidad se presentaría como una condición indispensable para poder imputar el daño a un sujeto distinto de la víctima. Para que el Derecho reaccione, por definición, es necesario que el hecho dañoso afecte a un bien jurídicamente relevante, sin un momento dogmático en el juicio de responsabilidad en el que se dilucide esta cuestión no se podría conocer cuándo debe intervenir el Derecho y cuándo no (Céspedes Muñoz, 2008, p. 32).

modo, podría existir un daño material proveniente de la lesión a intereses y bienes patrimoniales o personales.

El daño material se caracteriza por ser una pérdida pecuniaria en un detrimento del patrimonio (Corral Talciani, 2004, p. 148). En términos simples, un daño material implica una diferencia entre dos estados de cosas, graficada en las situaciones patrimoniales de la víctima, antes de la ocurrencia del daño, por un lado, y después de eso, por el otro (Barros Bourie, 2006, p. 231).

Lo común a los daños calificables como materiales es que son valorables de acuerdo a los términos en que lo hace el mercado; esto es, pueden ser evaluados en dinero, por tratarse de bienes comerciales (Barros Bourie, 2006, p. 257). Se encausan por la vía del perjuicio material aquellas afectaciones que cumplan con una característica fundamental: “la posibilidad de estimar o cuantificar la repercusión en dinero, mediante una metodología relativamente precisa” (Henao Pérez, 1998, p. 195).

En ese contexto, en todos los ordenamientos de tradición romana, entre ellos por supuesto el nuestro, está presente la clasificación del daño material que lo divide, por un lado, en la pérdida sufrida y, por otro, en la ganancia dejada de percibir. En estos dos conceptos, como indica Franzoni (1997), **daño emergente** y **lucro cesante**, la noción de daño, más económica que jurídica, se positiviza para definir lo que es daño material resarcible (p. 179).

Comentario relevante del autor



La terminología pertinente en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de intentar delimitar la tipología de los daños, radica en referirnos al daño moral y daño material.

Como señala Graziani (1953), se estará en presencia de un daño emergente cuando el evento dañino sustraiga del patrimonio de la víctima entidades o cosas que ella ya tenía, mientras que se estará en presencia de un lucro cesante cuando tal evento dañino impida gozar a la víctima de nuevas utilidades que habría podido adquirir (p. 247).

La distinción se centra en la forma en que se materializa la disminución patrimonial. Si ella consiste en una pérdida efectiva en el patrimonio de la víctima, entonces se está frente a un daño emergente. Si, en cambio, los perjuicios corresponden a la imposibilidad de experimentar una ganancia, lo que se resarce es el lucro cesante⁸.

Las dos categorías de daño material se aplican en el mismo significado tanto al sistema de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones⁹, como extracontractual¹⁰. El sistema jurídico nacional, como sostenía Taboada Córdova (2003), comprende las categorías del daño emergente y lucro

8 Para mayor claridad, Visintini (1999) indica que la diferencia entre estos dos elementos del daño está en el hecho de que la pérdida sufrida corresponde a la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante corresponde a nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento (p. 206).

9 “**Artículo 1321 del Código Civil.**- (...) El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución (...)”.

10 “**Artículo 1985 del Código Civil.**- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)”.

cesante, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual, teniendo en ambos casos el mismo significado (p. 63).

De acuerdo a la tradicional categorización bipartita del daño material, nuestro sistema jurídico –en ambos regímenes– diferencia dos modalidades de perjuicios materiales; se trata del denominado **daño emergente** y del **lucro cesante**. Cada uno de los dichos rubros se encuentra sujeto a una metodología especial de valoración y cuantificación, los cuales analizaremos a continuación.

III. ¿CÓMO SE VALORA Y CUANTIFICA EL DAÑO EMERGENTE?

1. El daño emergente, como disminución patrimonial, debe ser resarcido aun cuando no se hubiera generado su desembolso

Por daño emergente se entiende toda pérdida, gasto, erogación o “disminución del patrimonio” (Le Tourneau, 2004, p. 70) generado como consecuencia del daño padecido por la víctima. En nuestra opinión, el daño emergente involucra aquellos perjuicios efectivamente producidos o aquellos que, de manera razonable, se producirán con ocasión del hecho generador del daño y que importan una disminución en el patrimonio de la víctima.

Según la jurisprudencia colombiana, el daño emergente implica:

(...) un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, que ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales –por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los elementos que lo conforman–, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito¹¹.

Así, podrán catalogarse como daño emergente todos aquellos activos que han salido o indefectiblemente saldrán del patrimonio de la víctima, en virtud de la situación nociva padecida por el damnificado (Rojas Quiñones, 2015, p. 47). Los menoscabos que corresponden a erogaciones o, en general, a activos que salieron del patrimonio o que en un futuro saldrán con ocasión del hecho dañoso (bajo el criterio de razonabilidad) constituyen un daño emergente (Infante Ruiz, 2003, p. 145).

Para determinar si un rubro constituye un daño emergente, resulta conveniente aplicar la metodología sugerida por Friedrich Mommsen, denominada como **teoría de la diferencia**, en el sentido de comparar el estado actual del patrimonio del lesionado con aquel en que dicho patrimonio se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar.

Y es que el daño emergente es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del ilícito civil, entre su valor original (anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho). Esta diferencia matemática es la que determina el monto del resarcimiento por este concepto (Rodríguez Grez, 1999, p. 291).

Cabe advertir que el daño emergente deberá ser resarcido aunque no se hubiera generado el desembolso del costo para su reparación, por ejemplo, por falta de recursos de víctima, pues “la base jurídica real de la acción resarcitoria está fundamentada en una pérdida patrimonial” (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 839).

El daño emergente existe, entonces, en los casos en los que se haya generado

11 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 28 de febrero de 2013.

la obligación de realizar el desembolso (*l'obbligazione di effettuare l'esborso*) –aun cuando no se hubiere efectuado el mismo–, lo cual se encuentra justificado por el pasivo que se le genera a la víctima¹².

Por ende, pese a que la víctima no haya desembolsado suma de dinero; esto es, procedido a su desembolso, el responsable deberá resarcir el daño emergente, en tanto dicho perjuicio supone una disminución o pérdida patrimonial que la justifica.

2. El mero incumplimiento de una obligación no determina la generación de un daño emergente

Naturalmente, el daño emergente –a fin de resultar un daño resarcible– debe ostentar los requisitos que hemos advertido en la primera parte del presente ensayo. Por ende, más allá de los criterios que puedan servir para determinar la cuantía del mismo –que analizaremos más adelante–, es preciso verificar que se haya producido en la realidad, de modo tal que, entre otros, el mismo sea cierto y subsistente.

Es decir, no resulta suficiente invocar solo la existencia de un daño emergente, sino que el mismo deberá ser acreditado que ha ocurrido en el plano fáctico, pues no es una novedad que cuando tal daño no cumple con el requisito de la certeza, no corresponde resarcir. Nuestra jurisprudencia, en tal sentido, ha establecido que “todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica en consecuencia que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia”¹³.

De igual manera, se indica que “para que haya un daño contractual que deba ser resarcido, no basta que se incumpla la obligación

y que tal incumplimiento sea imputable al deudor, sino es necesario, también, que dicho incumplimiento produzca un perjuicio”¹⁴. Conforme a ello, el mero incumplimiento de una obligación –o, en general, una conducta que pueda ser calificada como “antijurídica”– por sí misma no determina ni resulta concluyente para la generación de un daño.

Así, en relación a la valoración de la existencia del daño emergente, aquel puede provenir de la destrucción o deterioro de una cosa, así como del valor de reposición o reparación. En caso de que el daño emergente sea producto de un daño en la persona, su existencia se valora a partir de los gastos o desembolsos que se sufragen como consecuencia de los mismos como, por ejemplo, los gastos médicos (Gaviria Cardona, 2017, p. 41).

Los gastos médicos y de farmacia –en general– pueden advertirnos de las erogaciones realizadas, así como también de gastos que se van a efectuar para la atención en salas de emergencias, hospitalización, atención en clínicas, consultas médicas periódicas futuras, gastos por tratamiento psicológico, por el traslado al consultorio terapéutico, entre otros.

3. No es suficiente la calidad de heredero para exigir el resarcimiento del daño emergente

Ahora bien, en el caso de muerte de la víctima directa, no basta la calidad de heredero para pretender la reparación del daño emergente. La persona que puede exigir el resarcimiento del daño emergente es quien, de manera efectiva, ha realizado los respectivos desembolsos. Ello no obsta para que, en caso de que haya sido la misma víctima quien haya sufrido el daño emergente, y haya fallecido

12 Sentencia N° 22826 de la *Corte di Cassazione*, de fecha 10 de noviembre de 2010.

13 Casación N° 4941-2015-Lima. En efecto, si se trata de erogaciones meramente hipotéticas o que resultan remotas frente al hecho dañoso, su resarcimiento no será procedente (Rojas Quiñones, 2015, p. 48).

14 Casación N° 3542-2015-Arequipa.

**Comentario relevante
del autor**



El daño emergente involucra aquellos perjuicios efectivamente producidos o aquellos que, de manera razonable, se producirán con ocasión del hecho generador del daño y que importan una disminución en el patrimonio de la víctima.

sin haberlo reclamado, sean sus herederos quienes reclamen el respectivo resarcimiento (Gaviria Cardona, 2017, p. 41).

Entonces, cuando el hecho dañoso es la muerte de una persona, puede exigirse el resarcimiento a nombre de la sucesión o a título personal (directo). Si es a nombre de la sucesión debe acreditarse los gastos que, en nombre de esta, se hicieron para atender a las consecuencias dañosas del hecho, los cuales, de conformidad con el artículo 869 del Código Civil, involucran los gastos de última enfermedad del causante, funeral, incineración, etc.

Por el contrario, si se reclama a título personal, debe acreditarse el daño ocasionado al reclamante. Ello ocurre, por ejemplo, cuando solo uno de los eventuales herederos atendió el pago de los gastos de clínicas hospitalares, etc., por lo que a él debe reconocerse el daño emergente y no a los demás (Martínez Rave, 1989, p. 303). De esa manera, no resulta suficiente ni determinante la calidad de heredero, a fin de reclamar el resarcimiento del daño emergente derivado de la muerte de una persona.

4. La certeza en el daño emergente pasado y futuro

Por otro lado, el daño emergente puede ser consolidado (pasado) o futuro, “en relación con el momento del juicio sobre el mismo” (De Cupis, 1975, p. 321)¹⁵. El resarcimiento por el daño emergente pasado, en realidad, es un “reintegro de gastos efectuados” (Isaza Posse, 2011, p. 23), con relación a los gastos efectuados con anterioridad a la sentencia o laudo definitivo, que contienen la liquidación del daño.

El daño emergente es pasado cuando sus efectos se han consolidado para la época en que debe proferirse la sentencia (Rojas Quiñones, 2015, p. 49). Así, en la jurisprudencia comparada¹⁶, se ha establecido que el momento a partir del cual se determina la naturaleza pasada o futura de una afectación, es el de la expedición del fallo correspondiente, de modo tal que se consideran pasados todos aquellos perjuicios cuyas consecuencias se han irrogado y consolidado para la época en que deviene la decisión judicial o arbitral.

Respecto al daño emergente futuro, se trata de un perjuicio cierto que se irrogará, de manera posterior, a la sentencia en el marco de un proceso de responsabilidad civil. Ello ocurre, por ejemplo, con los gastos farmacéuticos, terapias de rehabilitación, tratamientos médicos, cirugías, bienes que amenazan ruina, entre otros. Como indica Isaza Posse (2011), en este caso, “la víctima o reclamante recibe la indemnización de una suma única anticipada, que se supone producirá un rendimiento hasta el momento en que se produzca la erogación correspondiente” (p. 26).

En síntesis, puede existir un daño emergente pasado o futuro. El daño emergente pasado,

15 Las consecuencias temporales del daño son, necesariamente, futuras en relación al hecho dañoso. Pero, respecto a la sentencia o laudo arbitral, los daños pueden ser pasados o futuros al hecho dañoso (Martínez Rave, 1993, p. 57).

16 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 24 de abril de 1979.

según nuestra jurisprudencia¹⁷, “se refiere al reintegro de gastos efectuados”, mientras que el daño emergente futuro equivale a las “sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago”.

5. Cuestiones a tener en consideración al momento de cuantificar el daño emergente pasado y futuro

Con relación a la cuantificación del daño emergente, debemos tener en cuenta que “si el objeto dañado solo tiene un valor económico y no afectivo para la víctima, el monto reparable debe ser igual al valor que comercialmente tenga el mismo bien en el mercado local” (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 399). De manera tal que, en dicho escenario, el *quantum* del daño emergente se determinará por el promedio del valor comercial del bien, al momento en el que se produjo el daño.

Pero ¿qué ocurre con aquellos bienes depreciados por el uso y que solo pueden conseguirse complementemente nuevos en el mercado?

Según Tamayo Jaramillo (2007, p. 399), corresponde distinguir si la víctima tenía el bien para la venta, en cuyo caso el daño emergente será el equivalente al precio comercial del bien usado, pues, de haber sido vendido, ese sería el precio recibido por el demandante. Si, por el contrario, la víctima usaba el bien y no tenía como fin inmediato enajenarlo, el resarcimiento deberá liquidarse sobre la base de lo que valga un objeto de reemplazo, así haya que comprarlo nuevo, puesto que la víctima simplemente exige que se le deje en las mismas condiciones en que se hallaba; es decir, que pueda seguir usándolo.

En otro supuesto, como manifiesta Scognamiglio (1969), no es lo mismo la ruptura de un jarrón que será valorada de manera diferente si ese bien hace parte de una colección o si es una pieza aislada, pues de eso se deriva una pérdida mayor o menor respecto al patrimonio de la víctima¹⁸, criterio que no se debe confundir con el precio de afectación que puede tener un bien para su titular (que está dentro de la órbita del daño moral) (p. 16).

Por ende, el juez o el árbitro deberán remitirse, en el marco de la liquidación del daño, a parámetros de naturaleza estrictamente económica, pero que, lejos de ser parámetros automáticos, respondan a un criterio social típico (Monateri, 2001, pp. 153-154), el sentido de que no es siempre el mercado quien ofrece el precio (Franzoni, 1997, p. 299).

Adicionalmente, para la cuantificación del daño emergente, a efectos de ser rigurosos y precisos en su medida, se debe distinguir si se trata de uno consolidado (pasado) o futuro. Así, en la cuantificación del daño emergente consolidado se debe tener en cuenta lo siguiente:

i) Es preciso identificar en qué consistió el daño emergente pasado; esto es, el valor de la erogación

De ese modo, por ejemplo, si la víctima de la afectación está cobrando los gastos de traslado o los gastos funerarios, resulta necesario determinar cuál fue el valor de dichos gastos (Henao Pérez, 1998, p. 306), el cual –por lo demás– debe estar suficientemente respaldado en

17 Casación N° 1318-2016-Huancavelica.

18 De esa manera, si el costo de reparación de una cosa (de un vehículo viejo) es superior al costo de la cosa misma, se deberá el costo de la cosa, a menos que se trate de una cosa de colección o, por ejemplo, de un vehículo acondicionado para una persona con limitaciones físicas (Franzoni, 1997, p. 277).

**Comentario relevante
del autor**



El mero incumplimiento de una obligación –o, en general, una conducta que pueda ser calificada como “anti-jurídica”– por sí misma no determina ni resulta concluyente para la generación de un daño.

un medio probatorio que permita verificar su certidumbre y precisión¹⁹.

ii) Determinada la suma en que consistió la erogación, es necesario actualizar su monto a valor presente

Como es natural, por tratarse de una suma en la que se incurrió en el pasado, el efecto de la inflación conduce a que el simple pago de su valor nominal no sea, en realidad, un resarcimiento satisfactorio (Rojas Quiñones, 2015, p. 49).

El dinero tiene dos valores debidamente diferenciados: el nominativo (el valor numérico o absoluto) que representa una suma determinada y otro valor relativo que se relaciona con su capacidad de adquisición. Un bien que hoy vale 100, en cuatro años (a un ritmo de 25 % anual de la devaluación o pérdida del valor adquisitivo), vale 200. Por lo tanto, los 100 de los cuatro años anteriores son nominalmente 100, pero realmente son solo la mitad (Martínez Rave, 1993, p. 58).

La pérdida de poder adquisitivo del dinero genera que lo que hace algunos

meses o años tuvo un valor determinado, hoy en día tenga un costo –también nominal– mayor. En términos simples, el resarcimiento del daño emergente por gastos ascendentes a S/ 150,000.00, que realizó la víctima hace cuatro años, nunca es el mismo en valor actual.

Por dicha razón, como sostiene Santos Ballasteros (2012, p. 355), si el victimario solamente pagara el precio de la erogación sin más, en realidad, estaría pagando un monto menor al del perjuicio sufrido, en la medida que, por la inflación, dicho precio no representa, al momento de la liquidación, el valor real del gasto respectivo.

De ahí que sea necesario actualizar o corregir la suma con base en un índice que permita ajustarla de conformidad con el efecto inflacionario (Velásquez Posada, 2013, p. 373). En el caso peruano, dicho índice es el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Para realizar este cálculo, se debe acudir a una fórmula matemática que permite la actualización de la suma que ha sido pagada en el pasado. Dicha fórmula es la siguiente:

$$\text{Suma actualizada} = \text{Suma histórica} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

La suma histórica, según Rojas Quiñones²⁰, es el valor nominal de la erogación (es decir, el costo que tuvo sin más), la cual se multiplica por el resultado de la división del IPC final (esto es, el IPC del mes y el año en el que se hace la liquidación) sobre el IPC inicial (que corresponde al mes y año en el que se incurrió en el gasto).

19 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 19 de julio de 2002.

20 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 1 de setiembre de 2009.

Para obtener el IPC se debe acudir a las tablas que certifica y difunde la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat). Cabe advertir que, como indica una atenta doctrina, “el índice que se debe utilizar es el nacional y no el de las ciudades o de los departamentos en concreto” (Rojas Quiñones, 2015, p. 52).

iii) Una vez que la suma ha sido actualizada conforme al IPC, se debe reconocer un monto de rendimiento mínimo, que corresponde al interés legal

El sustento de ello radica en que se presume que si la víctima no se hubiera visto abocada a pagar la erogación en la que consistió el daño emergente, dicho dinero habría permanecido en su patrimonio y le habría generado un rendimiento mínimo. Por ende, dicho rendimiento también debe serle reconocido (Rojas Quiñones, 2015, p. 52).

Así, a la suma actualizada se le debe adicionar un rendimiento mínimo que está dado por el denominado interés legal, que consiste en un interés estándar que se presume genera una suma de dinero²¹. La tasa de interés viene determinada, en atención a ello, por el monto que fija el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

En síntesis, la cuantificación del daño emergente consolidado o pasado requerirá: i) que se tome la suma en que consistió la erogación; ii) se actualice su monto para traerlo a valor presente, de conformidad con el IPC nacional, determinada por la Sunat; y iii) se le sume el interés puro legal, de acuerdo con la tasa fijada por el BCRP.

Por otro lado, con relación a la cuantificación del daño emergente futuro, el cual se trata de un perjuicio “que se sabe, con razonable certeza, que existirá una erogación que se producirá en una época ulterior a la sentencia que ponga fin al litigio” (Rojas Quiñones, 2015, p. 57), debemos seguir una metodología de cálculo similar a la que rige el daño emergente consolidado, con las siguientes precisiones:

- i) Considerando que la erogación se hará en el futuro, naturalmente, no es necesario aplicar ningún procedimiento de corrección monetaria o de ajuste conforme al IPC.
- ii) El resarcimiento del daño emergente futuro supone un **pago anticipado** del gasto por parte del agente dañador a la víctima, toda vez que aquella recibirá el dinero con anterioridad a que deba incurrir en el gasto.

En ese entender, se presume que:

(...) el beneficiario acometerá con ese dinero alguna clase de actividad que le genere rendimiento (inversión). Por esa razón, en lugar de sumar un interés puro, proceden a descontar dicho interés de la suma que recibe la víctima, a efectos de evitar cualquier posibilidad de enriquecimiento. (Rojas Quiñones, 2015, p. 58)

En consecuencia, respecto a la liquidación del *quantum* del daño emergente futuro, corresponde: i) determinar la suma por la cual deba realizarse la erogación en un momento posterior a la sentencia y ii) aplicar una fórmula que permita descontar el interés puro legal.

21 “Artículo 1985 del Código Civil.- (...) El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

Comentario relevante del autor



El juez o el árbitro deberán remitirse, en el marco de la liquidación del daño, a parámetros de naturaleza estrictamente económica, pero que, lejos de ser parámetros automáticos, respondan a un criterio social típico.

Lastimosamente, las metodologías antes descritas, tanto para la cuantificación del daño emergente pasado como futuro, aun cuando resulten sencillas, a través de aplicativos de cálculos, con frecuencia son ignoradas e inaplicadas por parte de los operadores jurídicos, en el marco de litigios judiciales o arbitrales, que contengan alguna pretensión resarcitoria de daños y perjuicios.

IV. ¿CÓMO SE VALORA Y CUANTIFICA EL LUCRO CESANTE?

1. El lucro cesante se refiere a la ganancia lícita –no al ingreso– dejado de percibir

El lucro cesante se encuentra identificado como la ganancia dejada de obtener²²; esto es, como indica Visintini (1999), a las nuevas utilidades que el damnificado habría conseguido si no se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento (p. 206). El lucro cesante importa “la pérdida de una utilidad previamente inexistente que el sujeto presumiblemente conseguiría de no haberse verificado el daño” (Campos García, 2014, p. 102).

Como se puede apreciar, el lucro cesante no se identifica con el mero “ingreso”, sino con la ganancia o utilidad que se venía

percibiendo. Es la ganancia, el lucro o utilidad el que cesa. Ingreso no es lo mismo que utilidad. La utilidad es, siempre, una parte del ingreso bruto. El lucro cesante, en tal sentido, conceptualmente, se manifiesta de la siguiente manera:

$$\text{Lucro cesante} = \text{Ingreso bruto} - \text{Gastos}$$

Según De Trazegnies Granda (1988):

(...) debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso, también es verdad que en muchos casos –no siempre, por lo que cada caso debe ser estudiado en particular– esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso bruto frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar. (p. 42)

“Lucro”, como es evidente, no equivale a “ingreso”. El “lucro” es el ingreso menos los gastos. Los gastos a los que nos referimos son aquellos que se requiere abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso. “Lucro” es sinónimo de “rédito” o “utilidad”. Si se resarce con el “ingreso”, se incurre en el error de considerar que dicho “ingreso” se produce inevitablemente para el damnificado, sin necesidad de que este contribuya a generarlo (León Hilario, 2016, pp. 60-61).

En esa misma línea, algunos autores distinguen entre la **fuentes de la ganancia** y la **ganancia** misma. Es útil, por lo tanto, consignar la depuración de sus costos, que en las demandas suelen soslayarse y aun en las

22 Según Espinoza Espinoza (2013), el lucro cesante se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito) (p. 253).

sentencias o no es expresada. Es evidente que si lo pedido es una ganancia razonablemente esperada, siendo aducidos ingresos globales o flujos periódicos, de esas sumas debe ser descontado lo que ha costado producir esas ganancias (Peñailillo Arévalo, 2018, p. 14).

Concierne a la víctima, en su calidad de demandante, precisar el descuento de lo que ha costado producir la ganancia. De no procederse a ese descuento, es visible que se configuraría a favor del actor un enriquecimiento injustificado. Si a los litigantes les es exigible una mediana acuciosidad, quien persigue el resarcimiento de este lucro debe describir y probar, en naturaleza y monto, las partidas que integran el costo total en que hay que incurrir para obtener la ganancia que, sostiene, ha perdido o perderá (Peñailillo Arévalo, 2018, p. 15).

En consecuencia, como lo veremos más adelante, al momento de realizar la cuantificación del lucro cesante, se debe descontar del ingreso bruto todos los gastos de sostenimiento en los que incurre la propia víctima, así como para con su familia; es decir, sus gastos personales y mantenimiento de su familia²³. Asimismo, tratándose de un ingreso a una persona jurídica, corresponderá deducir a dicho ingreso, los gastos que permiten lograr tal utilidad.

Crear que todo ingreso bruto constituye un lucro cesante –como, usualmente, algunos operadores jurídicos lo conciben– conllevaría pensar que una persona no asume ningún

gasto propio o familiar o que una persona jurídica, para lograr una utilidad, no incurre en gastos, lo cual *per se* es extremadamente artificioso. El lucro cesante, en ese entender, no es solo “un valor que no ingresa o no ingresará al patrimonio”²⁴, sino la utilidad de la cual la víctima se vio privada.

Como es obvio, la utilidad deberá provenir de una actividad lícita y no de negocios prohibidos, “aunque hubiesen estas constituido su *modus vivendi*, por ejemplo, el contrabando, la explotación de juegos prohibidos, etc.” (Trigo Represas y López Mesa, 2006, p. 226). No se admiten, por lo tanto, las ganancias provenientes de actividades ilegales; sin embargo, “no debe confundirse moralidad con legalidad” (De Trazegnies Granda, 1988, p. 39). Y es que pueden existir actividades que, aun cuando puedan cuestionarse a la luz de la moral social vigente, resultan permitidas, tal como sería el caso –en determinados ordenamientos– de la prostitución o el *striptease*.

Así, si la prostitución se encuentra proscrita en un país y, consecuentemente, es ilegal, no cabe duda de que la damnificada en estas actividades, ejercidas de manera clandestina, no podrá aspirar a un resarcimiento. Pero si la actividad –considerada como inmoral– no se encuentra prohibida, sino que, por el contrario, está sujeta a autorizaciones y se ejerce libremente dentro de ciertas condiciones, no parece haber razón válida para que el resarcimiento no sea procedente (De Trazegnies Granda, 1988, p. 39).

23 Así, según la jurisprudencia argentina:

El juez *a quo* fijó el importe indemnizatorio teniendo en cuenta la edad de la víctima, sin embargo corresponde tener en cuenta también, siendo el reclamo de los padres del causante, el aporte que hacía a su hogar (lo que supone descontar los gastos propios) y la expectativa de vida útil de los progenitores con cierta dependencia económica (...) (Sentencia N° 82067 25/10/04, Soto, Ramón y otro c/ Hipermac SA y otros s/ accidente acción civil).

24 Casación N° 1318-2016-Huancavelica.

2. El requisito de la sólida probabilidad en la valoración del lucro cesante pasado y futuro

Al igual que el daño emergente, el lucro cesante también puede ser pasado (consolidado) o futuro. Según Isaza Posse (2011), el lucro cesante pasado “corresponde a la cantidad de dinero dejada de percibir por la víctima o por el reclamante desde el momento en que se produjo el daño hasta su liquidación” (p. 37). Por su parte, el lucro cesante futuro es aquel que “se habrá de producir, con probabilidad –y no como mera conjetura– en el patrimonio del damnificado con posterioridad a la sentencia” (Zannoni, 2005, p. 338).

El lucro cesante (pasado o futuro) tiene –en su propia naturaleza– una dosis de incertidumbre, pues la realidad nos demuestra que no se llegó a obtener la ganancia; no obstante, debe existir una cierta probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias concretas, para evitar que el perjudicado pretenda obtener un resarcimiento por pérdidas que nunca se hubieran producido (Reglero Campos, 2008, p. 330 y ss.).

Por ello, aun cuando se trate de una ganancia que no ingresa al patrimonio de la víctima, el lucro cesante debe ser demostrado en cuanto a su existencia, así como en su monto específico. La víctima debe acreditar, de manera objetiva, la utilidad que iba a obtener tanto en su entidad como en su cuantía. La utilidad

frustrada deberá sustentarse sobre una sólida probabilidad o ser razonablemente cierta²⁵.

Siendo una ganancia esperada, por definición, el lucro cesante nunca será absolutamente cierto; siempre existe la posibilidad de que algún sorpresivo obstáculo lo malogre. Ha de exigirse, pues, un razonable grado de certeza, equivalente a una sólida probabilidad. Se deberán probar elementos objetivos que permitan desprender verosímelmente un curso (futuro) normal sobre la base de una ganancia hasta ahora producida (Peñailillo Arévalo, 2018, p. 12).

El resarcimiento por este concepto no se puede conferir si no existe seguridad en torno a la ganancia frustrada, lo cual excluye los denominados **sueños de ganancia** que, en muchas ocasiones, campean en las reclamaciones elevadas por las víctimas (Rojas Quiñones, 2015, p. 80).

El resarcimiento del lucro cesante procederá siempre que se acredite de forma concluyente:

(...) la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido²⁶.

25 Un punto que suele generar discrepancias es el que tiene que ver con el lucro cesante de los menores de edad. ¿Qué sucede en aquellas hipótesis en que la lesión o muerte es sufrida por un menor? ¿Cuál es el parámetro para la tasación de sus ingresos? ¿Es válido considerar la expectativa que tenía respecto de una vida laboral futura? En realidad, considerando que la vida productiva del menor aún no ha comenzado, existe incertidumbre sobre el hecho de que, de empezar, el sujeto afectado por muerte o lesión (actualmente menor) destinaría tales ingresos a quienes ahora reclaman el lucro cesante, de donde se colige entonces que el perjuicio, en principio, no se puede reparar. Esta es, sin embargo, una conclusión que deberá analizarse a la luz de cada caso concreto. Podrán existir circunstancias en las que la certeza se encuentre reunida (por ejemplo, el caso del menor que devenga efectivamente un ingreso por talentos propios –musicales o escenográficos– y destina una parte a la colaboración respecto de sus padres) (Rojas Quiñones, 2015, p. 105).

26 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 4 de marzo de 1998.

La jurisprudencia española²⁷, en ese entender, estima que la valoración del lucro cesante debe realizarse bajo un criterio restrictivo, pues:

(...) ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que estas sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.

Nuestra jurisprudencia ha establecido que en el lucro cesante:

(...) la determinación del monto a pagar se basa en un juicio de razonabilidad, en tanto es imposible determinar con exactitud qué es lo que va a ocurrir en el futuro, por ello es exigible cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto a fin de no establecer montos arbitrarios o ganancias imaginarias²⁸.

La valoración del lucro cesante “debe surgir como una probabilidad objetiva del curso legal de las cosas y de las circunstancias del caso o negocio jurídico concreto de que se trate” (Trigo Represas y López Mesa, 2006, p. 77). No son reparables las ganancias hipotéticas, sino aquellas que se generarán con una alta y sólida probabilidad de “que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino” (De Trazegnies Granda, 1988, p. 37).

La prueba del lucro cesante puede provenir de distintos medios. El aspecto fundamental consiste en acreditar que la víctima ha dejado o dejará de percibir una ganancia, a través

Comentario relevante del autor



El “lucro” es el ingreso menos los gastos. Los gastos a los que nos referimos son aquellos que se requieren abonar, precisamente, para mantener la fuente del ingreso y para producir el ingreso.

de la prueba documental, testimonial, pericial, entre otras. En opinión de Rojas Quiñones (2015), “los jueces suelen darle especial credibilidad a las declaraciones de renta, por tratarse de declaraciones tributarias en las que, teóricamente, se encuentra reflejado el estado del patrimonio de una persona y su nivel de ingresos” (p. 98).

También pueden resultar importantes los extractos o reportes bancarios de periodos relevantes (por ejemplo, un año), toda vez que permiten dilucidar los movimientos que, en general, han tenido las cuentas de los perjudicados y corroborar si los ingresos que aducen son ciertos o no.

Ante la imposibilidad de ello, atendiendo al caso concreto, se podría acreditar el nivel de vida que llevaba el sujeto. Así, por ejemplo, el pago periódico de cierta clase de erogaciones (colegios de los hijos, vivienda, servicios públicos, entre otros) puede ser un hecho indicador del nivel de vida de la víctima y de la certeza de los ingresos que aduce (Rojas Quiñones, 2015, p. 98).

Con todo lo señalado, debe entenderse que la certeza que se evalúa en este tipo de

27 Sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 22 de junio de 1967.

28 Casación N° 704-2016-Callao.

**Comentario relevante
del autor**



Aun cuando se trate de una ganancia que no ingresa al patrimonio de la víctima, el lucro cesante debe ser demostrado en cuanto a su existencia, así como en su monto específico.

perjuicio es una certeza relativa. Por tratarse de un ejercicio prospectivo que, en su condición de tal, es hipotético, no se le puede exigir al reclamante la plena y absoluta certidumbre sobre la existencia de la ganancia que ulteriormente se ha tornado frustráneo (Suescún Melo, 2004, p. 198). Es, en esencia, lo que se trasluce bajo el denominado **daño virtual**, siendo que se sabe que existirá a la luz del curso usual y cotidiano de los acontecimientos²⁹.

3. La legitimación de la propia víctima para reclamar el lucro cesante

A diferencia del daño emergente, en el lucro cesante, uno de los aspectos que suele generar controversia es el que tiene que ver con los legitimados para exigir dicho resarcimiento. En nuestro medio, no existe una lista de legitimados que puedan exigir el lucro cesante, de modo que lo serán “todos aquellos sujetos que logren acreditar que, en efecto, han padecido la frustración de una ganancia, activo o ingreso económico” (Solarte Rodríguez, 2010, p. 395).

Naturalmente, ello se establece respecto tanto de la víctima directa de la lesión, como de todos aquellos que dependían económicamente de dicha víctima. En consecuencia, podrán reclamar el resarcimiento por el lucro

cesante el afectado (víctima directa) y, según lo analizaremos más adelante, sus dependientes económicos.

Así, la esfera de los legitimados puede variar según si la víctima directa ha fallecido o no. Si la víctima fallece en forma instantánea o poco tiempo después, no hay lucro cesante hereditario. Esto quiere decir que los posibles ingresos que hubiera tenido la víctima, en caso de haber vivido, no son un daño que ella haya sufrido y, por lo tanto, no son reclamables en su nombre por los herederos (Velásquez Posada, 2013, p. 406).

No obstante lo señalado, en el supuesto en que la víctima hubiere fallecido, la ayuda económica que los herederos o terceros recibían de la víctima si constituye un lucro cesante –conforme lo veremos más adelante–, que podrá exigirse mediante la acción personal.

En caso no hubiera fallecido, será la propia víctima quien podrá exigir el resarcimiento del lucro cesante, estando a su calidad de víctima directa. Esto es, si la víctima no ha fallecido, será ella quien podrá exigir el resarcimiento por concepto de lucro cesante, “pues si pudieran hacerlo también los terceros, el responsable se vería abocado a una nueva demanda” (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 272), lo cual no sería factible dado el carácter personal del daño resarcible.

Por ende, no habiendo fallecido la víctima, corresponderá determinar el grado de incapacidad (temporal o permanente). La valoración de dicha incapacidad deberá realizarse en cada caso concreto, por cuanto “no es lo mismo una pérdida de la movilidad de una pierna para una telefonista que para quien practica un deporte aeróbico” (Yepes Restrepo y Villada Arenas, 2004, p. 115).

²⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 1 de noviembre de 2013.

Dichas ganancias constituyen el núcleo central del resarcimiento del lucro cesante:

(...) aunque no se cristalizan necesariamente en lo que la víctima obtenía al día del delito [entiéndase, hecho generador del daño]; sino que pueden variar en sentido creciente o decreciente, según cuales fueron sus condiciones personales y el estado intelectual o físico en que debía la víctima desenvolverse, durante el tiempo que duró o durare la incapacidad para el trabajo y en cuyo lapso dejó o debió dejar de percibir las ganancias esperadas. (Trigo Represas y López Mesa, 2006, p. 227)

Ahora bien, puede ocurrir que, no obstante la pérdida de la capacidad laboral, la víctima continúe percibiendo sus ingresos, en cuyo caso no corresponderá resarcir por el concepto de lucro cesante, sino mediante la partida de daño moral. Como señala Rojas Quiñones (2015), “no parece tener mucho sentido que si la víctima ha preservado, de facto, su capacidad productiva, se le ordene al agente dañador el pago de un resarcimiento por concepto de lucro cesante” (p. 88).

Como lo hemos indicado, el resarcimiento del lucro cesante exige la frustración de una utilidad. Por ende, si no existió ninguna frustración absoluta –es decir, si el nivel de los ingresos continúa siendo el mismo con posterioridad al hecho dañoso–, no existirá menoscabo patrimonial alguno que sea resarcible.

Una situación parecida se advierte en los supuestos en los cuales la víctima, al momento del hecho generador del daño, no tenía una fuente de ingresos. En tal hipótesis, si la víctima directa no se dedicaba a una actividad lucrativa, no habrá lugar a reconocer lucro cesante, puesto que, realmente, nada ha dejado de percibir; pero si la situación de vacancia era provisional, atendiendo que la víctima directa sí se dedicaba

Comentario relevante del autor



La prueba del lucro cesante puede provenir de distintos medios. El aspecto fundamental consiste en acreditar que la víctima ha dejado o dejará de percibir una ganancia, a través de la prueba documental, testimonial, pericial, entre otras.

a actividades lucrativas, pero por cualquier circunstancia se encuentra desempleada, por ejemplo, acaba de perder su empleo, si se reconocerá lucro cesante, con base en los últimos ingresos o con el promedio de los mismos (Gaviria Cardona, 2017, pp. 46-47).

4. La calidad de cónyuge o conviviente no determina el resarcimiento del lucro cesante, por la muerte de su pareja

Como analizaremos a continuación, en realidad, la calidad de cónyuge o conviviente no es suficiente para exigir el resarcimiento del lucro cesante, derivado de la muerte de su pareja. En dicho escenario resulta fundamental que el demandante demuestre la existencia de una **dependencia económica**.

Y es que puede ocurrir que los cónyuges se encontraban, al momento del hecho generador del daño, separados de hecho, divorciados o en vía de divorcio; o, tratándose de convivientes, separados por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de ellos, por lo que –en términos generales– no existía una dependencia económica.

Según Martínez Rave (1993), “si el cónyuge se encuentra fuera de su domicilio y no cumple con sus obligaciones materiales y morales no existe, en principio, obligación de resarcir el lucro cesante” (p. 73). De manera tal que si la separación ha permitido

que los cónyuges o convivientes tengan sus propias fuentes de ingreso, que no existan ni dependencias ni relaciones económicas entre uno y otro, no corresponde resarcir el lucro cesante.

En síntesis, solo el cónyuge o conviviente –que reciba una ayuda económica permanente de la víctima– puede pretender el resarcimiento del lucro cesante, en caso acredite la dependencia económica que tenía con la víctima y que, lastimosamente, terminó con la muerte de aquella. Según la jurisprudencia comparada, “podrán reclamar los ingresos que han dejado de percibir en razón del fallecimiento de la víctima directa, siempre que logren acreditar el consabido criterio de dependencia”³⁰.

No obstante, si el cónyuge sobreviviente contrae segundas nupcias, el lucro cesante solo abarcará el tiempo transcurrido entre la muerte del primer esposo y el día de las segundas nupcias (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 434). Lo mismo ocurre en caso haya constituido una unión de hecho estable, aun cuando no haya sido declarada como tal.

Naturalmente, como lo hemos manifestado, dicho resarcimiento nunca podrá ser por el total del ingreso dejado de percibir (por ejemplo, el 100 % de la remuneración), sino solo en la medida de lo que su pareja contribuía –con o sin mandato judicial–, pues, de lo contrario, la víctima se estaría enriqueciendo, terminando en una mejor situación a la que se encontraba hasta antes de la muerte de su pareja.

5. La especial situación de los hijos para exigir el resarcimiento del lucro cesante, por la muerte de su padre/madre

Como es sabido, padres e hijos son parientes consanguíneos en línea recta del primer grado; ascendente, el padre y la madre, y descendente, el hijo o la hija. En este caso, la relación jurídica entre ellos surge de la filiación, la cual puede ser matrimonial, extramatrimonial o legal (adopción) (Torres Maldonado, 2016, p. 75). En ese contexto, se deberá analizar cuándo le corresponde al hijo exigir el resarcimiento del lucro cesante derivado de la muerte de su padre/madre.

La situación particular de los hijos menores de edad, debido a la relación paternofamiliar, hace presumir la dependencia económica en relación con los padres, en tanto “así lo exige la personalidad del menor de edad, requirente de resguardo para llegar a su total desarrollo” (D’Antonio, 1986, p. 37). Por ende, si uno de los padres muere, deberá determinarse la contribución económica que aquel aportaba para el mantenimiento de su hijo o hijos, en atención a sus circunstancias y edad.

Por lo demás, en el caso de los hijos no importa, para estos efectos, la categoría de su filiación (matrimonial o extramatrimonial). La presunción de dependencia económica existe en favor de todos. Pero se puede demostrar que algunos recibían mayores beneficios que otros y, en este supuesto, la presunción se puede modificar con relación a la cuantía que corresponde a cada uno (Martínez Rave, 1993, p. 73).

30 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 5 de noviembre de 1999. Se resarce, entonces, el lucro cesante que sufren los que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (y por eso tienen la condición de perjudicados), por lo que de tales ingresos se deben detraer los que la víctima destinaba a su consumo (*quota sibi*), de modo que el lucro cesante de los parientes nunca puede coincidir con el importe de las ganancias que habría obtenido la víctima de no haber fallecido (Medina Crespo, 2013, pp. 52-53).

La presunción de dependencia económica de los hijos se debe, en realidad, al estado de necesidad en el que se encuentran. Según Gil Botero (2010), el lucro cesante está:

(...) constituido por el derecho a recibir lo que dejará de aportar el fallecido, no es suficiente que se demuestre la capacidad productiva del causante, es necesario que se dé el daño por la privación del beneficio que se recibía, no en calidad de heredero, sino en calidad de perjudicado o beneficiario al no seguir recibiendo el mismo. (p. 178)

Al igual que el daño emergente, no es el solo vínculo de filiación el cual otorga la legitimación a los hijos para exigir el resarcimiento, sino que –tratándose del lucro cesante– deberá acreditarse la dependencia económica que existía con la víctima directa. La jurisprudencia colombiana ha establecido, en tal sentido, que:

(...) no es realmente el vínculo de parentesco o conyugal el factor determinante de la legitimación activa para reclamar la indemnización (...) sino la dependencia económica que tenía el reclamante respecto de quien murió³¹.

Tratándose de lucro cesante, es posible que algunos hijos (víctimas indirectas) pierdan

Comentario relevante del autor



Solo el cónyuge o conviviente –que reciba una ayuda económica permanente de la víctima– puede pretender el resarcimiento del lucro cesante, en caso acredite la dependencia económica que tenía con la víctima y que, lastimosamente, terminó con la muerte de aquella.

su derecho con anterioridad a las otras, caso en el que los valores dejados de percibir deberán acrecentar los dineros de las otras víctimas (Gaviria Cardona, 2017, p. 96). Ello ocurre cuando existen hijos con edades diferentes, debiéndose verificar el límite de la dependencia económica que, por ejemplo, podría ser en el momento en el que alcancen la mayoría de edad.

En aras de lograr un verdadero resarcimiento, no es posible permitir que las víctimas indirectas, por cualquier razón, pierdan su derecho y el responsable se vaya exonerando del resarcimiento, sino que, por el contrario, estas víctimas deberán acrecer a las demás (Gaviria Cardona, 2017, p. 98)³², tal

31 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 17 de noviembre de 2011. Entonces, todas las personas que acrediten haber recibido ayuda económica de la víctima fallecida están legitimadas para reclamar el lucro cesante que su muerte les causa. No interesa si esos perjudicados son herederos o no, o si son mayores de edad. El fundamento jurídico para reclamar consiste en que la ayuda económica recibida de la víctima fallecida es un daño cierto, personal y antijurídico. El lucro cesante lo constituye la pérdida de la ayuda que recibían, periódicamente, de la víctima fallecida y no está determinado por las condiciones de edad, capacidad económica o ingresos por otras fuentes que obtenían los demandantes (Velásquez Posada, 2013, p. 275).

32 Cuando el periodo resarcible de los hijos termine porque se supone que ya han empezado a trabajar, el porcentaje del resarcimiento que les corresponde acrecentará la indemnización de la cónyuge sobreviviente, pues se entiende que la carga económica de esta en realidad no disminuye. A ello debe agregarse que si el esposo y padre no hubiera fallecido, el posible remanente que resultase después de que un hijo se hubiere independizado, se invertiría en el resto de la familia. Normalmente, cuando un hijo deja de ser una carga económica para sus padres, el resto del grupo familiar se beneficia en la medida que su nivel económico aumenta. Es esa época de viajar, de brindarle universidad a otros hijos que, de otra forma, no habrían tenido oportunidad de hacerlo (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 1014).

como podría ser en favor del cónyuge o conviviente. Por ello, “quien no recibe el acrecimiento sufre una situación de injusticia, como quiera que debe tratarse de la distribución equitativa del patrimonio familiar destinado a la satisfacción del núcleo familiar en su universalidad”³³.

Lastimosamente, si al momento de la muerte de su padre/madre, el hijo no recibía ninguna ayuda económica (por ejemplo, pensión de alimentos) o tenía su propia fuente de ingreso, no podría reclamar un resarcimiento por el lucro cesante. Como indica Martínez Rave (1993) “aunque está favorecido por la presunción legal que establece el parentesco para los alimentarios, esa presunción puede ser desvirtuada y negársele el resarcimiento por dicho concepto” (p. 73).

En síntesis, se presume la dependencia económica de los hijos menores por la simple relación paternofamiliar de parentesco, la cual deberá acreditarse de manera idónea. No obstante, dicha presunción –por ser *iuris tantum*– puede ser desvirtuada en caso se demuestre que la dependencia económica no existía y, por ende, desaparece el lucro cesante.

Cabe precisar que en el supuesto de los hijos mayores de dieciocho años, que se encuentran impedidos para trabajar o valerse por sí mismos; o que sigan con éxito estudios de una profesión u oficio (artículo 424 del Código Civil³⁴), ciertamente se desvirtúa la presunción de dependencia, pues “es posible demostrar que, por circunstancias especiales, dependían económicamente del padre

y, por lo tanto, se da el lucro cesante a pesar de ser mayores” (Martínez Rave, 1993, pp. 73-74)³⁵.

Lo mismo ocurre cuando un sujeto de treinta años dependía económicamente de sus padres. En tal escenario, la muerte de uno de ellos, en realidad, es fuente generadora de lucro cesante, de modo tal que debe resarcirse. Habrá de aplicarse la realidad sobre la mera forma legal, a efectos de resarcir, en la mayor medida de lo posible, el daño causado (Rojas Quiñones, 2015, p. 100).

Por lo demás, como lo veremos en el siguiente punto relativo a la cuantificación del lucro cesante, no basta establecer la productividad de la víctima en general ni la existencia de una situación de dependencia económica; sino que es necesario conocer cuánto, de esa productividad, se convertía en beneficio económico para el hijo perjudicado.

6. Cuestiones a tener en consideración al momento de cuantificar el lucro cesante

En principio, una vez dilucidado el aspecto en torno a los legitimados para exigir el lucro cesante, corresponderá determinar, antes de proceder a liquidar el referido perjuicio, el monto de la ganancia frustrada.

Dicha cuestión, tratándose del lucro cesante, tiene una complejidad un poco mayor, pues “no se trata propiamente de una erogación, sino de un activo que no ingresará al patrimonio del afectado” (Rojas Quiñones, 2015, p. 85), por lo que deberá considerarse cada caso particular, en aras de tener en cuenta los diferentes factores que inciden en los

33 Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, de fecha 22 de abril de 2015.

34 “**Artículo 424.-** Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas”.

35 La existencia de la presunción releva de la consecuente carga de la prueba en torno a la dependencia económica del reclamante, sin perjuicio de lo cual puede derruirse mediante prueba en contrario (Rojas Quiñones, 2015, p. 84).

ingresos de un sujeto. Sin perjuicio de ello, existen ciertos parámetros generales que deberán tomarse en cuenta:

- i) Si la víctima era un asalariado, se tomará su salario mensual como base para la liquidación.

En un asalariado, la pérdida de su ganancia está constituida por su salario, cesantías, prima de servicios, bonificaciones legales, comisiones, etc., que deben ser tenidos en cuenta para determinar el salario base de liquidación del lucro cesante (Velásquez Posada, 2013, p. 402).

Cabe indicar que, de ser dicho ingreso base variable, corresponderá promediar el valor de los últimos doce meses o, en general, de un periodo relevante que permita reflejar una situación ordinaria y real (Velásquez Posada, 2013, p. 365).

- ii) Si el ingreso no provenía de un salario, se debe considerar la fuente de ingreso particular que tenga el reclamante, en su calidad de independiente.

Si el mismo era fijo o estable, esa será la base. Por el contrario, si el ingreso era variable o atípico para la época del hecho dañoso, debe considerarse el promedio ponderado de los ingresos dentro de un periodo de tiempo relevante que, de ordinario, será de un año³⁶.

En el caso de trabajadores independientes, la prueba del ingreso recibido habitualmente no es fácil y exige de las partes y del juez/árbitro un examen detenido para acreditar con precisión su cuantía. En este caso, la prueba documental de la actividad que desarrollaba la víctima, como declaraciones de renta, libros de contabilidad, prueba testimonial, etc. sirven para

Comentario relevante del autor



No es el solo vínculo de filiación el cual otorga la legitimación a los hijos para exigir el resarcimiento, sino que –tratándose del lucro cesante– deberá acreditarse la dependencia económica que existía con la víctima directa.

determinar una cifra promedio de ingresos (Velásquez Posada, 2013, p. 402).

- iii) Si para el momento de la lesión la víctima enfrentaba circunstancias atípicas en relación con el ingreso –por ejemplo, por el hecho de encontrarse desempleado–, se deberá dar aplicación al criterio de equidad, lo cual supone “tomar un periodo que refleje condiciones normales u ordinarias a efectos de obtener el salario base de liquidación. Si no fuera posible encontrar dicho periodo, se presumirá que el ingreso es de un salario mínimo legal mensual vigente” (Rojas Quiñones, 2015, p. 86).

Debemos advertir que la hipótesis antes referida procede en los casos en los cuales la persona se encuentra en una situación de desempleo provisional. Distinto es el caso en el que la víctima directa no se dedicaba a una actividad lucrativa, en donde no deberá reconocerse lucro cesante, toda vez que, en realidad, nada ha dejado de percibir.

La discapacidad mental o física no es por sí misma prueba de la incapacidad laboral. Hoy las personas con discapacidad

36 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 20 de enero de 2009.

**Comentario relevante
del autor**



Se presume la dependencia económica de los hijos menores por la simple relación paternofamiliar de parentesco, la cual deberá acreditarse de manera idónea. No obstante, dicha presunción –por ser *iuris tantum*– puede ser desvirtuada en caso se demuestre que la dependencia económica no existía y, por ende, desaparece el lucro cesante.

progresivamente van incorporándose a la vida laboral en el desempeño de tareas laborales, muchas veces en condiciones iguales a los que no sufren ningún tipo de discapacidad (Velásquez Posada, 2013, p. 403). Lo mismo puede ocurrir con los menores de edad.

- iv) Si la víctima fallece, como lo hemos analizado, la determinación del ingreso frustrado exige que se descuente el valor que dicha persona destinaba a su propia manutención (conocido como la cuota *sibi*). Lo anterior en la medida que, en virtud del fallecimiento, dicho dinero ya no será empleado por la propia víctima y, por su particular destinación, tampoco les corresponde a los dependientes económicos (Rojas Quiñones, 2015, p. 86).

En algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso del colombiano, la cuota

sibi se presume en un porcentaje del 25 % del total del ingreso. Es necesario, entonces, descontar el valor que la víctima dedicaba “a su propia manutención o sostenimiento, el cual, de no establecerse en un valor diferente, se ha calculado en un 25 %” (Gaviria Cardona, 2017, p. 53).

En nuestro medio, a partir de lo previsto en el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil³⁷, consideramos que el porcentaje de los gastos de mantenimiento personales –esto es, de la propia víctima– corresponde al 40 % de los ingresos –que deberán ser deducidos–, en tanto dicho monto resulta inembargable para garantizar obligaciones alimentarias.

No obstante lo anterior, consideramos que no es posible establecer una regla absoluta en este punto, por lo que cada caso deberá ser analizado por separado. Por ejemplo, en el supuesto en el que solo exista una víctima indirecta que dependiera del causante, será razonable asumir que los gastos personales del fallecido serían el 50 %, y la otra mitad destinada a su dependiente.

- v) Naturalmente, como lo hemos señalado, para el caso de los dependientes económicos, el valor del ingreso frustrado deberá corresponder al que, en realidad, destinaba la víctima directa a favor de tales dependientes. Así las cosas, deberá acreditarse cuál era la cuota de manutención que la víctima directa entregaba a los reclamantes. En caso ello no fuese posible, se repartirá 50 % para el cónyuge

37 “Artículo 648.- Son inembargables:

(...)

6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley (...).”

o conviviente, y el 50 % restante para los hijos que hubieren (Rojas Quiñones, 2015, p. 88).

En atención a las consideraciones antes expuestas, es posible determinar el ingreso base de liquidación. Una vez ello, el juez o árbitro deberá aplicar algunos procedimientos matemáticos, a efectos de cuantificar el lucro cesante definitivo, los cuales describimos a continuación:

- i) Tratándose de un lucro cesante pasado (es decir, que ya se ha consolidado al momento en el que se emita una sentencia o laudo que ponga fin a una controversia) se deberá actualizar su valor de conformidad con el IPC, para lo cual se deberá emplear la siguiente fórmula:

$$\text{Suma actualizada} = \text{Suma histórica} \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

En este caso, la suma histórica del valor nominal de la ganancia frustrada, la cual se multiplica por el resultado de la división del IPC final (esto es, el IPC del mes y el año en el que se hace la liquidación) sobre el IPC inicial (que corresponde al mes y año en el que se frustró la renta). Para obtener el IPC se debe acudir a las tablas que certifica y difunde la Sunat.

Una vez se cuenta con la cifra actualizada, por ser un daño pasado, se le deberá sumar el interés legal puro, en los términos que indicamos al abordar lo relativo al daño emergente.

- ii) Finalmente, en el supuesto de un lucro cesante futuro –esto es, cuando aquel no se haya producido al momento de la expedición de la sentencia o laudo, “pero que con razonable certeza se producirá en una etapa ulterior” (Rojas Quiñones,

Comentario relevante del autor



La probanza del daño por el actor es una regla general que se aplica aun que funcione la presunción de culpa o se trate de un criterio de imputación objetivo.

2015, p. 92)–, su cuantificación no exige la aplicación de criterios de corrección monetaria porque no se trata de un perjuicio pasado cuyo valor deba traerse a sumas presentes.

Por ende, solo deberá descontarse el valor del interés legal puro, de la misma forma en que se hizo con el daño emergente. Ciertamente, “por ser una suma que la víctima va a recibir por anticipado, la jurisprudencia ha entendido que le dará alguna clase de rendimiento, de donde infiere que debe descontarse dicho rendimiento. Lo anterior con miras a evitar el enriquecimiento” (Rojas Quiñones, 2015, p. 93).

V. ¿CÓMO EVITAR LA DESNATURALIZACIÓN DEL CRITERIO DE EQUIDAD EN LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL, EN EL MARCO DE UN PROCESO JUDICIAL O ARBITRAL?

Un presupuesto procesal necesario de lo que hemos desarrollado es que el daño material (daño emergente y lucro cesante) se encuentre, debidamente, acreditado o probado.

Así, al igual que en cualquier otro campo, rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; esto es, la prueba incumbe a aquel que afirma, no al que niega. Por consiguiente, el demandante (víctima) tiene que probar necesariamente

**Comentario relevante
del autor**



**La valoración y cuantificación del
daño emergente y lucro cesante se
realizan por separado.**

su propio daño. De esta manera, la probanza del daño por el actor es una regla general que se aplica aunque funcione la presunción de culpa o se trate de un criterio de imputación objetivo (De Trazegnies Granda, 1988, p. 21).

El artículo 1331 del Código Civil establece que “[l]a prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. Conforme a ello, según Taboada Córdova (2003), es menester que el demandante pruebe, por un lado, que los daños se han materializado efectivamente y, por otro, que esos daños puedan o cuantificarse o estimarse dinerariamente (pp. 76-77).

Lo anterior supone, entonces, que la carga de la víctima, en su calidad de demandante, deba apuntar hacia la consecución de dos tareas fundamentales, a saber: i) de una parte, la acreditación de la existencia del daño material; y ii) la demostración de su cuantía, explicando y probando la forma

como se arriba al *quantum* que exige como resarcimiento por el daño material.

Para tal efecto, el afectado podrá valerse de los diferentes medios probatorios que admite la legislación procesal peruana, así como de cualquier evidencia que, dentro de los cauces de la legalidad, pueda aportar la prueba documental, la pericial, la inspección judicial, la declaración de parte, la declaración de terceros, entre otros mecanismos más, serán, en general, idóneos para la tarea demostrativa que la víctima debe desarrollar (Rojas Quiñones, 2015, p. 61).

Naturalmente, la prueba de la existencia y cuantificación se deberán realizar por separados, en lo relativo al daño emergente y lucro cesante, toda vez que se tratan de partidas autónomas. El otorgamiento de uno de ellos, por ende, a través de una sentencia o laudo arbitral, no puede significar que el otro también será concedido. La valoración y cuantificación del daño emergente y lucro cesante se realizan por separado.

Pese a ello, en la práctica se advierte que, con frecuencia, algunas demandas resultan oscuras, en tanto solo incluyen un monto general de resarcimiento del “daño material”, sin discriminar –y, a veces, ni acreditar– lo correspondiente al daño emergente y lucro cesante. En tal sentido, a fin de evitar cualquier contingencia futura, se debe acudir al siguiente esquema, el cual puede ser utilizado por cualquier operador jurídico:

Daño material	Medio probatorio	Cuantía	Medio probatorio
Daño emergente	Anexo A y Anexo B	S/ 112,500.00	Anexo C, Anexo D y Anexo E
Lucro cesante	Anexo F, Anexo G y Anexo H	S/ 84,750.00	Anexo I

Ahora bien, de manera excepcional, dadas las dificultades que implica –en ciertos casos– la prueba exacta de la cuantía del daño material, nuestro legislador, a partir del criterio de

valoración equitativa, ha “aliviado la carga del demandante exigiendo que se acredite de una manera genérica la existencia del daño, acreditado este hecho, el monto resarcitorio

es apreciado prudencialmente por el juez” (De Trazegnies Granda, 1988, p. 21).

Así, en materia de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones, el artículo 1332 del Código Civil establece que “[s]i el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”. La fuente de la referida disposición la encontramos en el artículo 1226 del *Codice Civile*, según el cual, “[s]i el daño no puede ser probado en su cantidad exacta, el juez lo liquidará mediante una valoración equitativa”.

Pese a la claridad del artículo 1332 del Código Civil peruano, su aplicación viene desnaturalizándose, pues se considera –de manera equivocada– que dicho artículo libera a la víctima de la carga de la prueba de la existencia del daño material.

En realidad, la equidad solamente procede en aquellos casos en que se sabe, a ciencia cierta, que el daño existió –debido a que ha sido acreditado–, pero no puede determinarse cuál es su cantidad de manera exacta. Por ende, como bien lo ha establecido la jurisprudencia colombiana, la utilización del criterio de equidad es subsidiaria; es decir, “solamente tiene cabida cuando es conocida la existencia de una afectación, pero no es posible determinar su monto”³⁸.

Si nos encontramos frente a un caso en el que existe certeza del daño material, debido a las erogaciones en los que la víctima incurrió, pero no se puede inferir la cuantía de los mismos, la aplicación del criterio de la equidad permitirá que sean el juez o el árbitro quienes

Comentario relevante del autor



La equidad solamente procede en aquellos casos en que se sabe, a ciencia cierta, que el daño existió –debido a que ha sido acreditado–, pero no puede determinarse cuál es su cantidad de manera exacta.

empleen “las reglas de la razonabilidad y las máximas de la experiencia, con el propósito de reconocerle a la víctima una suma por el mencionado concepto” (Rojas Quiñones, 2015, p. 65).

En ese mismo sentido, la jurisprudencia italiana ha enfatizado en que la potestad del juez (o árbitro) para liquidar el daño material, mediante el criterio de equidad, exige de dos presupuestos³⁹:

- a) Primero, que se haya establecido –de manera concreta– la existencia ontológica del daño resarcible, cuya carga de la prueba recae sobre la parte perjudicada.
- b) En segundo lugar, el recurso de la evaluación equitativa necesita que el juez haya constatado que la imposibilidad de estimar con exactitud el daño se debe a factores objetivos, y no a la negligencia de la parte perjudicada en la alegación y prueba de los elementos a partir de los cuales se habría podido deducir el alcance del perjuicio.

38 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, de fecha 5 de octubre de 2004. La equidad como criterio excepcional de cuantificación del resarcimiento ha sido propuesta, especialmente, para la valorización de los daños morales, es decir, de aquellos que no admiten una estimación directa. No habría razón para que el demandante que pretende un resarcimiento por daño material no ofrezca el material probatorio que sustente su pedido (León Hilario, 2016, p. 60).

39 Sentencia N° 4534 de la *Corte di Cassazione*, de fecha 22 de febrero de 2017.

**Comentario relevante
del autor**



La aplicación del criterio de valoración equitativa también se desnaturaliza cuando, no obstante en el petitorio se exige una suma determinada por resarcimiento del daño material, el juez o árbitro –al momento de resolver– fija –con total vulneración del principio de congruencia procesal (vicio *ultra petita*) y al “amparo de la equidad”– un monto mayor.

Según una atenta doctrina nacional, en posición que compartimos, para que proceda la evaluación equitativa del daño material son necesarios dos requisitos: i) la prueba de la existencia del daño y ii) la imposibilidad material de su cuantificación. Por lo tanto, no podrá emplearse la evaluación equitativa en la cuantificación del daño material si, previamente, el damnificado no ha cumplido con acreditar su existencia (Medina Cabrejos, 2018, p. 182).

Así:

[L]a liquidación del daño de forma equitativa, que solo puede tener lugar en caso de imposibilidad o dificultad de una prueba precisa del importe y del alcance del daño sufrido, no exime al interesado de la obligación de aportar pruebas sobre la existencia del mismo, pues deviene en el requisito previo indispensable para la evaluación equitativa⁴⁰.

Corresponde al juez o árbitro:

(...) aplicar al caso criterios que, sobre la base de la equidad y las reglas de la experiencia, permitan arribar a una determinación razonada del lucro cesante [o daño emergente] cuando, a pesar de haberse probado su existencia, existan circunstancias que razonablemente impidan al demandante acreditar con exactitud la cuantía a la que esta asciende (no por causa de negligencia o insuficiencia probatoria, debe precisarse)⁴¹.

Por ende, el criterio de valoración equitativa, al amparo de lo previsto en el artículo 1332 del Código Civil, no significa que la víctima, en su calidad de demandante, no se encuentre obligada a demostrar la existencia del daño, con todos sus requisitos para que sea resarcible. El mencionado artículo solo flexibiliza, de forma excepcional, la obligación de la víctima en acreditar el monto, en tanto haya demostrado la imposibilidad de probar su cuantía en forma exacta.

Por otro lado, la aplicación del criterio de valoración equitativa también se desnaturaliza cuando, no obstante en el petitorio se exige una suma determinada por resarcimiento del daño material, el juez o árbitro –al momento de resolver– fija –con total vulneración del principio de congruencia procesal (vicio *ultra petita*) y al “amparo de la equidad”– un monto mayor.

Finalmente, resulta frecuente que, en el marco de un proceso judicial o arbitral, se realicen pericias orientadas a cuantificar el daño material. Sin embargo, se debe tener en

40 Sentencia N° 4948 de la *Corte di Cassazione*, de fecha 27 de febrero de 2013. Cuando el dañado no ofrece una prueba exhaustiva del *quantum*, cuando se trata de una prueba posible, la demanda deberá ser rechazada. En otros términos, la norma sobre la valoración equitativa del daño no atribuye al juez un poder ni una función de suplencia para las hipótesis en las cuales no se ofrece la prueba del monto del daño (Espinoza Espinoza, 2016, pp. 105-106).

41 Casación N° 3499-2015-La Libertad.

cuenta que si la víctima ha solicitado en sus pretensiones una cifra menor que la suma resultante del dictamen pericial, esta última será irrelevante para variar el monto de la pretensión resarcitoria, puesto que el interés para obrar de la víctima tendrá como límite lo fijado en el petitorio de su demanda.

El principio de congruencia procesal demanda que el resultado de la sentencia o laudo tenga un monto máximo al planteado en el petitorio. Un dictamen pericial emite una opinión con base en la *causa petendi* de la demanda, mas no del *petitum*, por lo que la suma resarcitoria —que podría otorgar el juez o árbitro— tendrá como límite el *petitum* y no el formulado en dictamen pericial, en caso haya sido posterior.

En consecuencia, aun cuando exista un dictamen pericial, el mismo será irrelevante si es que, como conclusión, se fija un monto que excede a la cifra que la víctima solicitó como petitorio por concepto de resarcimiento del daño material. A fin de evitar ello, se sugiere que el dictamen pericial se realice de manera anticipada y se presente como medio probatorio para sustentar la cuantía que se solicita en un proceso judicial o arbitral.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como cualquier modelo jurídico que pretenda adaptarse a la celeridad de nuestros días, la responsabilidad civil se muestra dúctil y maleable a las exigencias de un Derecho Civil comprometido con las potencialidades transformadoras del marco constitucional (Rosenvald, 2014, pp. 5-6). El daño es un ingrediente esencial de la responsabilidad civil, sea por inejecución de obligaciones o extracontractual. El daño (moral o material), para que resulte resarcible, deberá ser cierto, personal, subsistente y antijurídico (injusto).

La valoración y cuantificación del daño material no es —como usualmente se considera— un

tópico sencillo. Por el contrario, la praxis judicial y arbitral demuestra que no existe claridad sobre diversos aspectos sustantivos y procesales, tales como la prueba del daño, legitimación, aplicación del criterio de equidad, entre otros.

En ese contexto, el presente estudio ha tenido como propósito formular —desde una perspectiva más moderna y real— diferentes consideraciones en torno a la valoración y cuantificación del daño emergente y lucro cesante. Se trata, únicamente, de una aproximación general, a la luz del ordenamiento jurídico peruano, que resulta necesaria tener en cuenta al momento de administrar justicia o en el marco de una negociación sobre responsabilidad civil.

Corresponderá a cada uno de nosotros estudiarlo, analizarlo y aplicarlo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. (9ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Campos García, H. (2014). Apuntes sobre la certeza y la prueba del daño. *Actualidad Jurídica*(246).
- Céspedes Muñoz, C. (2008). La antijuridicidad. Presupuesto de la responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento chileno. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*(11).
- Corral Talciani, H. (2004). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Corsaro, L. (1997). Concetto e tipi di danno. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

- D'Antonio, D. (1986). *Derecho de menores*. (3ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Martínez Sarrión, Á. (trad.) Barcelona: Bosch.
- De Miguel Perales, C. (1997). *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*. (2ª ed.). Madrid: Civitas.
- De Trazegnies Granda, F. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual*. (Vol. IV. Tomo 2). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- Espinoza Espinoza, J. (2013). *Derecho de la responsabilidad civil*. (7ª ed.). Lima: Rodhas.
- Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil*. (8ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Franzoni, M. (1997). *Il danno al patrimonio*. Milano: Giuffrè Editore.
- Gaviria Cardona, A. (2017). *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*. Medellín: Fondo Editorial EAFIT.
- Gil Botero, E. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Graziani, A. (1953). *Appunti sul lucro cessante. Studi di Diritto Civile e Commerciale*. Napoli: Jovene.
- Henoa Pérez, J. (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Infante Ruiz, F. (2003). La reforma del derecho de daños en Alemania. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*(11).
- Isaza Posse, M. (2011). *De la cuantificación del daño: manual teórico-práctico*. Bogotá: Temis.
- Jansen, N. (2003). Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*(128).
- Larenz, K. (1958). *Derecho de obligaciones*. (Vol. I). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. Tamayo Jaramillo, J. (trad.) Bogotá: Legis.
- León Hilario, L. (2007). *Responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. (2ª ed.). Lima: Jurista.
- León Hilario, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Llamas Pombo, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium.
- Martínez Rave, G. (1989). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Martínez Rave, G. (1993). El perjuicio y su evaluación. *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Martínez Rave, G., y Martínez Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad civil extracontractual*. (11ª ed.). Bogotá: Temis.
- Mazeaud, H., Mazeaud, L. y Tunc, A. (1961). *Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual* (Vol. 1. Tomo I). Alcalá Zamora y Castillo, L. (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Medina Cabrejos, E. (2018). La cuantificación equitativa del daño. *Comentarios a*

- la Casación N° 4516-2016-Lambayeque. *Gaceta Civil & Procesal Civil*(66).
- Medina Crespo, M. (2013). *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales. Reconocimiento y cuantía. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- Monateri, P. et al. (2001). *Il danno alla persona*. (Vol. II). Torino: UTET.
- Naveira Zarra, M. (2006). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Peñailillo Arévalo, D. (2018). Sobre el lucro cesante. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*(243).
- Pizarro, R. y Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. (Vol. 2). Buenos Aires: Hammurabi.
- Reglero Campos, F. (2008). *Tratado de responsabilidad civil*. (Vol. I). Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rodríguez Grez, P. (1999). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rojas Quiñones, S. (2015). *El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rosenvald, N. (2014). *As funções da responsabilidade civil*. (2ª ed.). São Paulo: Atlas.
- Santos Ballasteros, J. (2012). *Responsabilidad civil*. (Vol. I). Bogotá: Temis.
- Scognamiglio, R. (1969). *Risarcimento del danno. Novissimo Digesto italiano*. (Vol. XVI). Torino: UTET.
- Solarte Rodríguez, A. (2010). Las acciones *iure hereditatis* en la responsabilidad civil. *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Temis - Uniandes.
- Suescún Melo, J. (2004). *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*. (2ª ed. Vol. I). Bogotá: Legis.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. (2ª ed.). Lima: Grijley.
- Tamayo Jaramillo, J. (1986). *De la responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de la responsabilidad civil*. (Vol. II). Bogotá: Legis.
- Torres Maldonado, M. (2016). *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Daños derivados de las relaciones familiares*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Trigo Represas, F. y López Mesa, M. (2006). *Tratado de la responsabilidad civil*. (Vol. V). Buenos Aires: La Ley.
- Velásquez Posada, O. (2013). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Visintini, G. (1999). *Tratado de la responsabilidad civil*. (Vol. II). Kemelmajer de Carlucci, A. (trad.). Buenos Aires: Astrea.
- Yepes Restrepo, J. y Villada Arenas, M. (2004). Anotaciones acerca de la indemnización del lucro cesante en Colombia. *Responsabilidad civil y del Estado*. Bogotá: Instituto Colombiano de la Responsabilidad Civil y del Estado.
- Zannoni, E. (2005). *El daño en la responsabilidad civil*. (3ª ed.). Buenos Aires: Astrea.